



CENTRO UNIVERSITÁRIO FG - UNIFG

CURSO DE DIREITO

VICTOR SANTOS PEREIRA

**A (IN) APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À
PRISÃO ATRAVÉS DO PODER GERAL DE CAUTELA NO ÂMBITO
PROCESSUAL PENAL**

Guanambi-BA

2021



VICTOR SANTOS PEREIRA

**A (IN) APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À
PRISÃO ATRAVÉS DO PODER GERAL DE CAUTELA NO ÂMBITO
PROCESSUAL PENAL**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário UniFG, como requisito para aprovação na disciplina de TCC II.

Orientador Temático: Prof. Dr. Eujecio Coutrim Lima Filho.

Guanambi-BA

2021

A (IN) APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO ATRAVÉS DO PODER GERAL DE CAUTELA NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

Victor Santos Pereira¹, Eujecio Coutrim Lima Filho²

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário UniFG.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário UniFG.

RESUMO: Muito se discute na seara jurídica sobre as medidas cautelares com prisão e alternativas a essa, buscando novos horizontes a respeito da melhor forma de responsabilizar e tutelar o ser humano. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo e contribuição demonstrar a importância da relação entre as garantias processuais penais e o poder geral de cautela, e de que maneira essa ligação poderia dar legitimidade a aplicabilidade das medidas cautelares alternativas à prisão. Desenvolve-se o estudo através de uma abordagem bibliográfica, com exposição breve das medidas cautelares no processo penal antes e depois da Lei 12.403/11. Logo após, exibiu-se argumentos contra e a favor de pesquisadores com notório saber jurídico no âmbito processual penal. Após isso, apresentou alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao poder geral de cautela no processo penal. Faz-se também uma reflexão no tocante aos desafios e às perspectivas para aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão prevista em lei, todavia, para casos análogos ao idealizado pelo legislador, propondo-se a um novo cenário no âmbito processual penal, com mais reflexões diante dos diversos fenômenos no qual o ser humano está propício a criar.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Bipolaridade. Repensar a restrição da liberdade.

ABSTRACT: Much is discussed in the legal field about the precautionary measures with imprisonment and alternatives to this, looking for new horizons regarding the best way to hold human beings responsible and responsible. In light of this, the present work aims and demonstrates the importance of the relationship between criminal procedural guarantees and the general power of caution, and how this link could give even more legitimacy to freedom

¹ **Endereço para correspondência:** Rua Veríssimo Cruz, n. 481, Bairro: São Cristóvão – Espinosa, Minas Gerais. CEP 39510-000.

Endereço eletrônico: victor_raid@outlook.com.

restrictions. Thus, the study is developed through a bibliographic approach, with a brief exposition of the precautionary measures in the criminal proceedings before and after Law 12.403/11. Soon after, arguments were presented against and in favor of researchers with notorious legal knowledge in the criminal procedural sphere. After that, he presented some judgments from the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court regarding the general power of caution in criminal proceedings. There is also a reflection regarding the challenges and perspectives for the applicability of precautionary measures other than the prison provided for by law, however, for cases analogous to the one envisaged by the legislator, proposing a new scenario in the criminal procedural scope, with more reflections before the diverse phenomena in which the human being is propitious to create.

Keywords: Fundamental rights. Bipolarity. Rethinking the restriction of freedom.

1 INTRODUÇÃO

No Código Penal, bem como no Código de Processo Penal, a prisão é tratada como medida excepcional. No entanto, o Direito não acompanha, na mesma velocidade, as mudanças sociais, de maneira que as medidas cautelares diversas da prisão, como as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, tornam-se insuficientes diante da extensa gama de casos encontrados no Brasil.

Toda e qualquer medida que vise restringir direitos deverá estar prevista em lei, bem como tal medida ser devidamente fundamentada ao caso para qual será aplicada, não bastando que o aplicador faça mera menção ao dispositivo, conforme redação do artigo 283, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Considerando que a liberdade é garantia fundamental e constitucional em grau superior a todo e qualquer indivíduo, o Código de Processo Penal de 1941, em seu Título IX, “*Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória*”, no artigo 319, traz um rol de medidas cautelares diversas da prisão que tem como fundamento a não privação da liberdade ou bens do indivíduo sem o devido processo legal, com respeito a princípio da legalidade estrita. Dessa forma, “fora da moldura legal haverá arbítrio e, se típica a conduta, delito de abuso de autoridade” (TÁVORA; ALENCAR, 2020, p. 1.046).

Importante destacar que, no que diz respeito aos princípios, a estes podem ser atribuídos diversos significados, como princípios jurídicos, princípios gerais do Direito etc. No presente trabalho cumpre ressaltar que deveram ser analisados em sentido de norma muito

geral, tendo em vista a gama dos diversos casos concretos no qual caberá o processo penal dar uma “solução” (ATIENZA; MANERO, 2017).

Nesse sentido, pergunta-se: é possível a aplicabilidade de medida cautelar diversa da prisão em situações contrárias àquelas previstas pelo legislador?

Dada a problematização, a norma legal deverá ser genérica e abstrata, cabendo ao magistrado aplicá-la ao caso concreto. Pois, conforme artigo 4º da Lei de Introdução às Normas Direito Brasileiro, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e, complementando, no artigo 5º da citada lei, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942).

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em refletir sobre a possibilidade de aplicação da medida cautelar diversa da prisão em situações contrárias àquelas previstas pelo legislador no âmbito do processo penal.

Diante disso, na tentativa de alcançar o objetivo geral, pretende-se especificar as Medidas Cautelares do Processo Penal; a discorrer sobre legislações que por analogia diz respeito do Poder Geral de Cautela; e discutir sobre o Poder Geral de Cautela no âmbito doutrinário.

O presente artigo se justifica fundamentando na anterioridade da Lei 12.403/11, em que o juiz tinha apenas duas possibilidades diante do caso concreto: conceder a liberdade provisória ao réu ou mantê-lo privado de sua liberdade.

Ocorre que, com a inclusão do artigo 319 no Código de Processo Penal, a supradita lei ampliou o rol das medidas cautelares, extinguindo a bipolaridade presente nas referidas medidas.

Diante da impossibilidade de prever toda medida que melhor se adapte ao caso concreto, percebe-se que alguns autores defendem ser possível a aplicabilidade de medida cautelar diversa da prisão à situação para qual não foram previstas pelo legislador.

Nesse cenário, é necessário estabelecer um diálogo, tendo em vista que mesmo que as circunstâncias do caso concreto não sejam aquelas estipuladas pelo legislador, pelo fato de não ser humanamente capaz prever todas as situações possíveis para aplicação da norma, verifica-se a possibilidade em utilizar determinada medida cautelar, já prevista na legislação, em finalidade diversa daquela para a qual foi criada, com intuito de ampliar as garantias tuteladas pelo princípio da taxatividade (CASTRO, 2017).

Partindo do pressuposto de que a prisão deve ser a *ultima ratio*, bem como de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

(BRASIL, 1988), torna-se viável a possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa da prevista pelo legislador quando benéfica ao réu, desde que seja garantida a máxima eficácia do processo.

Por outro lado, há entendimentos no sentido de que, diante da ausência de previsão legal de medida cautelar, não seria possível o cerceamento de algum dos direitos fundamentais do réu ou do investigado, por respeito ao princípio da legalidade estrita. Mesmo que tal medida cautelar seja benéfica ao imputado, pois, no final, não deixará de ser uma norma restritiva de direitos (TÁVORA; ALENCAR 2020).

Uma vez que a liberdade é direito de primeira dimensão, pressupõe-se que a aplicação de medida cautelar deve estar intrinsecamente nas previsões estipuladas pelo legislador, com fulcro no princípio da legalidade estrita e na necessidade de garantir segurança jurídica às decisões.

É necessário analisar com cautela as restrições de direitos presentes no nosso ordenamento e incluir, dentro das medidas cautelares, um âmbito com maior intensidade constitucional, pois “(...) o homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade (...)” (MENDES; BRANCO, 2020, p. 156).

Pelo exposto, nota-se que a temática levanta questionamentos e suscita posicionamentos divergentes. Por isso, diante da (in) aplicabilidade do poder geral de cautela, torna-se relevante esta pesquisa na medida em que traz uma discussão jurídica, pautada nos direitos e garantias fundamentais do ser humano, não apenas no âmbito do judiciário, mas também do legislativo.

Na conjectura dessas abordagens preliminares, o objeto a ser investigado versa sobre possibilidade de aplicação da medida cautelar diversa da prisão em situações contrárias àquelas previstas pelo legislador no âmbito do processo penal, apresentando reflexões sobre os entendimentos doutrinários acerca do tema, bem como alguns entendimentos dos tribunais superiores.

2 MATERIAL E MÉTODOS

A presente pesquisa será de caráter descritivo e exploratório, na medida em que se pretende obter um estudo detalhado e maior proximidade com o objeto da pesquisa, através de uma abordagem teórica, e de reflexões específicas no campo do direito processual penal. Trata-se de um estudo qualitativo, que se desenvolverá por meio do método dedutivo, com o

propósito de apresentar os aspectos inerentes ao poder geral de cautela, com ênfase nas medidas cautelares diversas da prisão.

A coleta de informações dar-se-á mediante levantamento crítico-bibliográfico com respaldo, inicialmente, nos autores: Lima (2020), Lopes Jr (2018), Rangel (2019), Pacelli (2019), Távora e Alencar (2020), dentre outros.

Utilizou-se livros específicos que discutem a temática abordada, os quais foram encontrados na Biblioteca Online do Centro Universitário UniFG, além de artigos científicos encontrados em revistas virtuais.

3 MEDIDAS CAUTELARES DO PROCESSO PENAL

Não há dúvidas que os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal devem nortear todo o ordenamento jurídico. Conquanto, no âmbito penal e processual penal deve-se ter um olhar cuidadoso, obviamente por motivos justificáveis.

A partir do momento que o ser humano não vê o cerceamento de sua liberdade vinculada a algo que não esteja previsto em lei, verifica-se que a pessoa possui maior tutela quantos aos seus atos. Dessa forma, Motta (2019) diz que é vedado ao Estado e as autoridades públicas interferirem na liberdade individual de modo arbitrário.

Neste contexto, o Direito Penal e Direito Processual Penal tutela bens jurídicos como patrimônio, moral, vida e liberdade para que o Estado-Administração não cometa abusos, bem como para evitar que inocentes venham a ser responsabilizados por acusações falsas, trazendo como fundamento o Princípio da Reserva Legal, presente no artigo 5º, XXXIX da CF/88 (MOTTA, 2019).

O cerceamento da liberdade ou restrição de direitos deverão estar adstritos sempre aos mandamentos legais e, principalmente, com respaldo na Constituição.

Por ser da década de quarenta, o Código de Processo Penal, no que tange as medidas cautelares, era regido pela bipolaridade dessas medidas, ou seja, ao magistrado restavam apenas duas alternativas: a restrição da liberdade do indivíduo ou sua liberdade provisória. Contudo, com a Lei 12.403/11, este sistema caiu em desuso, dando espaço à multicautela, ou seja, um meio termo entre a liberdade e a prisão, com o rol previsto nos artigos 319 e 320 do CPP (AVENA, 2020).

Com isso, verifica-se que em determinados casos a restrição da liberdade seria demasiadamente descabida com o crime cometido, e a liberdade provisória seria inapropriada a depender do caso em análise (LIMA, 2020).

Para Lima (2020), além das medidas cautelares estarem de modo atécnico no CPP, por serem encontradas no título relativo à liberdade provisória, prisão ou provas, há também as medidas de contracautela, que dispõe de meios para minimizar os efeitos de uma medida cautelar, a exemplo da liberdade provisória, com ou sem fiança, advinda de um a prisão em flagrante.

Em um breve esboço, o Código de Processo Penal dispõe sobre as medidas cautelares de natureza patrimonial, de natureza relativas à prova e pessoal.

As de natureza patrimonial tem como fundamento a reparação do dano e o perdimento dos bens advindo da condenação.

No tocante as de natureza relativa à prova, nota-se que estas possuem o intuito de evitar que alguma prova possa desaparecer, servindo conseqüentemente para constatar a materialidade e autoria ou inocência do investigado ou réu.

E visando assegurar a eficácia do processo, as natureza pessoal podem privar o indivíduo de sua liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, além de ocorrer no procedimento investigatório ou no curso do processo, devendo ser aplicadas após esgotadas todas as medidas alternativas à prisão (LIMA, 2020).

A aplicabilidade de medida cautelar diversa da prisão, conforme artigo 282 do CPP, deve levar em consideração os princípios da necessidade e adequação. Neste sentido, tal medida não é contemporânea, pois desde a década de oitenta já se sustentava que a prisão deveria ser a *ultima ratio*, ou seja, sempre que possível, a prisão deverá ser substituída por outra medida cautelar menos gravosa (BATISTA *apud* RANGEL, 1985).

A medida cautelar será necessária quando for menos onerosa ao investigado no âmbito administrativo e ao réu no âmbito processual. De forma que a prisão cautelar será aplicada apenas para assegurar o fim a que se pretende o processo. Nesse sentido, verifica-se que as medidas do artigo 319 do CPP procura tutelar e garantir os direitos fundamentais do indivíduo contra o *jus puniendi* do Estado, sendo esta a regra, e a prisão como última medida (RANGEL, 2019).

O princípio da adequação visa equilibrar a aplicabilidade da medida cautelar ao seu fim. A exemplo de uma medida restritiva de liberdade, que não poderá ser uma antecipação da possível condenação, salvo quando for constatado a possibilidade da reiteração da conduta pelo réu. Caso contrário, a medida acaba sendo em grau superior ao resultado do processo ou equiparada a este, isso se houver condenação, pois é plenamente possível ao final do processo ocorrer a absolvição do acusado (RANGEL, 2019).

Com essas considerações, é do interesse ser destacado alguns aspectos no que diz respeito a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ambos, juntamente com a proporcionalidade em sentido estrito, fazem parte das três sub-regras para aplicação do dever de proporcionalidade. Com isso, possuem entre si uma relação de subsidiariedade, não sendo necessário a análise conjunta para que seja aplicado a proporcionalidade (SILVA, 2002).

Deste modo, procede-se primeiramente a análise da adequação, depois da necessidade e por fim a análise da proporcionalidade em sentido estrito, sendo esta última aplicada apenas quando por meio da adequação e necessidade o problema não tenha chegado à solução. Com isso, a análise da proporcionalidade pode se findar apenas com o estudo da adequação, sendo assim, dispensável o estudo da necessidade e da proporcionalidade (SILVA, 2002).

Por adequação, nota-se que os objetivos visados pelo legislador devem ser alcançados. Mas não se limita a isso, porque mesmo que não se atinja o pretendido, havendo a fomentação, já se poderá falar que a adequação foi realizada. Com grande excelência Silva (2002, p. 36-37) nos mostra que:

(...) na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos *fomentado*." Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido (...).

A análise da necessidade se dá de uma forma comparativa. Com isso, o ato estatal será considerado necessário quando a limitação do direito fundamental que se pretende não puder ser realizada por outro meio menos oneroso (SILVA, 2002).

Para terminar, entende-se a proporcionalidade em sentido estrito como um sopesamento entre a restrição de determinado direito fundamental e a sua realização. No entanto, determinada medida só será considerada desproporcional se a restrição ao direito fundamental pretendido não houver força suficiente para se justificar, ainda que a restrição seja pequena (SILVA, 2002).

Com isso, a medida que restringir determinado direito fundamental, apesar de ser adequada e necessária, por si só não poderá ser considerada proporcional, sem antes realizar o estudo da proporcionalidade em sentido estrito.

Complementando tal entendimento, além dos pré-requisitos supramencionados, a aplicabilidade de tal medida deve estar ligada, também, à existência de infraestrutura para sua aplicação. Destarte, verifica-se que:

[...] Isto porque há, em nossa visão, claro equívoco na interpretação dos ensinamentos traçados por González-Cuéllar Serrano (1990, p. 200-201, tradução livre), para quem, ao defender na Espanha aplicação de medidas cautelares alternativas, condicionou esta utilização a três requisitos: “idoneidade e menor lesividade das medidas alternativas; b) legalidade das restrições impostas pelas medidas; e c) existência de infraestrutura para sua aplicação” [...] (SERRANO apud CASTRO, 2017, p. 692).

Através da medida cautelar aplicada ao caso concreto, o juiz irá realizar a ponderação dos direitos individuais com a prestação jurisdicional, momento em que deverá ser proporcional ao resultado final e nunca prejudicial, com fulcro no princípio da proibição do excesso (RANGEL, 2019).

Segundo Delmanto Júnior (2019), as restrições a direitos, liberdades ou garantias apenas se fundamentam quando realizadas através de leis com caráter geral, abstrato e irretroativo. Não sendo admitido que a liberdade e a segurança das pessoas sejam afetadas por medidas que não estejam tipificadas no ordenamento jurídico, utilizando-se de uma interpretação extensiva com o fito de justificar a restrição da liberdade não prevista em lei processual.

(...) A propósito, a ênfase com a qual Celso Ribeiro Bastos trata da garantia da legalidade merece referência. Assevera que ela “surge como uma das vigas mestras de nosso ordenamento jurídico” posto que por ela é que o Estado de Direito mais se afirma (...) (DELMANTO JÚNIOR, 2019, p. 78).

Em contrapartida, nenhum direito é absoluto. Utilizando-se de um dos pressupostos bases para os demais direitos, o direito à vida é limitado quando houver colisão com outros direitos que visem tutelar o mesmo bem jurídico ou princípios que, diante do caso concreto, possuem o mesmo grau de incidência, sofrendo, portanto, limitações (NOVELINO, 2019).

Diante do exposto, cinge-se aqui, a princípio, que toda e qualquer medida restritiva de direitos, além de ser adequada, necessária e proporcional, deve também estar vinculada a uma lei como medida de segurança à sociedade.

4 PODER GERAL DE CAUTELA NO ÂMBITO DOUTRINÁRIO

No âmbito do Processo Civil, o poder geral de cautela é uma medida advinda das possibilidades abstratas de uma situação de perigo que podem ser encontradas no meio social. Instante em que poderá o magistrado conceder medidas atípicas, sendo estas não prevista em lei. Desta forma, evita que um determinado caso concreto não tenha uma medida cautelar típica para ser aplicada (CÂMARA, 2014).

Ainda assim, mesmo no âmbito cível, Câmara (2014, p. 53) destaca que “havendo medida cautelar típica que se revele adequada para o caso concreto, não poderá o juiz conceder medida cautelar atípica”.

Posto isso, é nítido o problema enfrentado pelo Direito quando relacionado aos julgados e modos de aplicação da norma jurídica realizados pelo poder judiciário, bastando breve pesquisa para encontrar decisões com ausência de segurança jurídica, principalmente no âmbito penal e processual penal. Motivo pelo qual é justificável a preocupação de parte da doutrina quando da aplicação do poder geral de cautela no âmbito processual penal.

Entretanto, Castro (2017) com fulcro nos ensinamentos de Tornaghi (1977, p. 69), elucida que o processo penal deve ser perquirido em busca da justiça e da segurança, ou seja, não bastando apenas a aplicabilidade de um sobre o outro, e sim de modo cumulativo. Análise esta que deverá ser realizada por todos, não se limitando a realizá-la partindo apenas no que diz respeito ao princípio da legalidade.

E conforme Motta (2019, p. 197), possuindo destaque o supradito princípio nos seguintes termos:

(...) Postulado máximo das conquistas democráticas, o Princípio da Legalidade funciona como um freio nas tendências arbitrárias do Estado e de todos aqueles que atuam em seu nome. Segundo a doutrina, consagra a lei como fonte mais relevante do direito brasileiro, estabelecendo a relevância de todo o devido processo legislativo constitucional para a manutenção da estabilidade social, jurídica e econômica do Estado democrático de Direito (...).

Isto posto, passa-se a análise do poder geral de cautela no âmbito doutrinário e seus desdobramentos.

4.1 ENTENDIMENTO CONTRÁRIO AO PODER GERAL DE CAUTELA

Távora e Alencar (2020) afirmam que as restrições de direitos de primeira geração, dadas através da liberdade ou da propriedade, quando relacionados a medidas cautelares diversas da prisão, no que diz respeito a taxatividade ou não do artigo 319 do CPP, é benéfico aa sua exegese e, havendo dúvidas, deve-se buscar o significado adjunto a lei.

Uma vez que o processo penal é sinônimo de garantia, deve estar adstrito à lei, não podendo ser separado desta. Deste modo:

(...) em termos de restrições da liberdade não é dado importar o denominado “poder geral de cautela” do art. 798 do Código de Processo Civil, uma vez que, nesse âmbito, impera o princípio da legalidade, devendo todas as providências cautelares serem taxativamente previstas em lei, não se admitindo analogia *in malam* partem com fundamento no art. 3º do Código de Processo Penal (...) (DELMANTO JÚNIOR, 2019, p. 79-80).

Cumpra registrar que no artigo 319 do CPP consta nove medidas cautelares alternativas à prisão, entretanto, não há consenso doutrinário a respeito de ser ou não um rol taxativo (TÁVORA; ALENCAR, 2020).

Corroborando com o supradito entendimento, os autores expõem que:

(...) outra conclusão não podemos chegar senão que, no processo penal, é vedado o uso do poder geral de cautela dos juízes, ainda que sob o argumento de que a aplicação da medida cautelar menos gravosa serviria para proteger algum direito do imputado (...) (TÁVORA; ALENCAR, 2020, p. 1.047).

Diante de tal problemática, não havendo meios para aplicar uma medida cautelar diversa da prisão que não esteja prevista em lei, o juiz deverá por optar em conceder a liberdade plena do réu (TÁVORA; ALENCAR, 2020).

Corroborando tal entendimento, reconhece o professor Aury Lopes Jr (2018) que antes da Lei 12.403/11 o sistema cautelar brasileiro era carente, instante em que começou a existir decisões que iam além do previsto na legislação, como exemplo:

(...) revogando uma prisão preventiva, impunham “condições” ao imputado, tais como entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens etc. No mais das vezes, tais medidas vinham decretadas a título de “poder geral de cautela” (LOPES JR., 2018, p. 585).

Entretanto, ratifica isso ser possível apenas no processo civil. Assim, afirma não haver no processo penal um poder geral de cautela ou medidas cautelares inominadas.

(...) No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder (...) (LOPES JR., 2018, p. 586).

E mesmo após a supradita lei, leciona o autor que permanece com o mesmo posicionamento, em que o juiz agora possui um leque maior de possibilidades de aplicar as medidas diversas da prisão, e sendo os artigos 319 e 320 do CPP taxativos (LOPES JR., 2018)

De igual modo, Rodrigo Capez (2017)² leciona ser o processo penal o limitador punitivo do Estado, onde não se poderia fazer uso da proporcionalidade para aplicar medida não prevista em lei, tendo em vista a proporcionalidade ser sinônimo de preservação de direitos.

2 CAPEZ, Rodrigo. No processo penal não existe o poder geral de cautela. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>. Acesso: 24 abr. 2021.

Não obstante aos entendimentos expostos, há doutrinadores que possuem posicionamentos favoráveis ao poder geral de cautela.

4.2 ENTENDIMENTO FAVORÁVEL AO PODER GERAL DE CAUTELA

Como exposto, Lopes Júnior (2018) também menciona que antes da Lei 12.403/11 utilizavam-se de outros meios não previstos em lei e menos gravosos ao imputado, pela ausência de medidas adequadas ao caso, tendo em vista minimizar a aplicabilidade de cerceamento da liberdade. Estas ações recebiam o nome de poder geral de cautela.

Todavia, após a Lei 12.403/11 ter realizado alterações nos dispositivos do CPP, no que diz respeito aos artigos 319 e 320, houve uma ampliação das medidas cautelares diversas da prisão, instante em que não há que se falar em poder geral de cautela. Isto posto, o processo penal se limitaria em realizar contenção do poder punitivo estatal, bem como dar garantias ao réu (LOPES JUNIOR, 2018).

Desta forma, pensando que todas as medidas cautelares, patrimoniais ou pessoais, sendo que estas, com ou sem prisão, causam um grande impacto ao réu, bem como àqueles a sua volta, devendo todas essas restrições processuais estarem intrinsecamente ligadas ao Princípio da Legalidade. Assim, “toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto” (LOPES JUNIOR, 2018, p. 586).

Neste sentido, os artigos 319 e 320 do CPP são um rol taxativo de outras medidas cautelares diversas da prisão. Mas a taxatividade não é absoluta, tendo em vista ser possível a aplicabilidade de outras medidas, obviamente, desde que previstas em lei. Desta maneira, as “medidas necessárias para a implantação da cautelar podem ser adotadas, inclusive porque possuem previsão legal” (LOPES JUNIOR., 2018, p. 587).

À vista disso, Castro colaciona entendimento a respeito da aplicabilidade do poder geral de cautela anterior e posterior a Lei 12.403/11, no qual:

(...) Tanto antes, como agora, poderia se cogitar de um poder geral de cautela em consonância com a proporcionalidade, em especial subsunção à adequação, ou proibição do excesso, vez que nenhuma medida é perfeitamente adequada a todos os casos concretos, sendo certo que, independentemente do número de medidas previstas, sempre se pensará em uma alternativa – supostamente – melhor e mais benéfica ao acusado (CASTRO, 2017, p. 700-701).

Destarte, verifica-se que o que se veda expressamente é o juiz ou tribunal criar outras medidas cautelares diversas da prisão que não estão presentes nos artigos 319 e 320 do CPP,

não sendo contrário a utilização de outras medidas presentes na legislação (LOPES JUNIOR, 2018).

Seguindo a mesma ideia, *mutatis mutandis*, Pacelli (2019) manifesta que em se tratando de medidas cautelares previstas em leis, consente ser possível a sua aplicabilidade em finalidade diversa pela qual pretendeu o legislador, desde que presente dois requisitos: a sua previsão legal e a sua finalidade prevista em lei.

Dessa forma, falar-se-á em relativização do princípio da legalidade, por dar uma maior “coerência e unidade ao sistema geral das restrições de direitos (cautelares pessoais)” (PACELLI, 2019, p. 526).

Desta maneira, salvo as exceções das exceções, em âmbito penal poderá ser admitido a aplicabilidade do poder geral de cautela quando houver cumulativamente a anuência das partes e a demonstração de que a medida será mais benéfica aos interessados (PACELLI, 2019).

Por sua vez, Lima (2020) entende que quando o magistrado utilizar medidas cautelares prevista em lei, estar-se-á diante de medidas cautelares nominadas. Mas, diante de diversas normas presentes no ordenamento jurídico, torna-se impossível o juiz aplicar a norma penal aos diversos casos concretos apenas com o rol presente no artigo 319 do CPP, tendo em vista que o legislador não consegue prever todas as possibilidades e, mesmo que abstrata, a norma torna-se insuficiente.

Lima (2020) expressa que o citado instituto apenas deverá ser usado em caráter subsidiário, pois, havendo medida cautelar prevista em lei que assegure a eficácia do processo, não há que se falar em aplicabilidade do poder geral de cautela. Diante do exposto, nota-se que:

(...) esse poder geral de cautela deve ser exercido de forma complementar, pois se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica. Portanto, havendo medida cautelar típica que se revele adequada ao caso concreto, não poderá o juiz conceder medida cautelar atípica (LIMA, 2020, p. 1.156).

Acrescentando o exposto, por não haver direitos absolutos, cumpre destaque a taxatividade mitigada, sendo esta uma proibição ao julgador em criar ou aplicar medidas cautelares não previstas em lei (CASTRO, 2017).

(...) para preencher a exigência cautelar do caso concreto, que se faça uso da interpretação extensiva e se aplique medidas acauteladoras previstas em leis esparsas a casos cuja tipificação não se encontram em tais leis. É o que podemos chamar de taxatividade mitigada (...) (CASTRO, 2017, p. 710).

A fim de esclarecer, todavia, em um viés mais prático, colaciona-se os seguintes exemplos em que se poderia debater o poder geral de cautela no âmbito processual penal:

(...) Um exemplo poderá aclarar o argumento: um grupo de estudantes que vive em uma república, fazendo-se dessa seu lar; o cometimento de bullying ou outra forma de violência por parte de um dos estudantes, a outro, poderia, aceitando-se a tese, ensejar a medida protetiva de afastamento do lar, constante do inciso II do artigo 22 da Lei nº 11.340/06; claro que, assim como em qualquer aplicação de medidas cautelares, faz-se indispensável a demonstração da necessidade acauteladora, dos requisitos da proporcionalidade etc. Mas como tal medida está prevista no âmbito da Lei contra a violência doméstica contra a mulher, em não se aceitando o quanto posto, impossível sua aplicação (...) (CASTRO, 2017, p. 712).

(...) Outra forma de interpretação extensiva é a proposta por Cruz (2011, p. 182-183), quando, em atenção ao inciso II do artigo 319 do CPP, propõe que a “[...] proibição de acesso ou frequência a determinado lugar”, constante desta medida, se estenda à proibição de acesso à internet pelo acusado, vez que, poderia alguém “[...] duvidar que, com recursos tecnológicos do mundo moderno, uma pessoa pode estar virtualmente presente em qualquer lugar do planeta?”, questiona o autor, fazendo referência aos crimes tipificados no artigo 241-A do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) (...) (CASTRO, 2017, p. 712-713).

Destarte, pretendendo evitar que a eficácia e a utilidade do processo principal ou procedimento sejam prejudicadas, caberia ao magistrado fazer uso de medidas cautelares presentes em lei, nomeada de Poder Geral de Cautela.

5 LEGISLAÇÕES QUE POR ANALOGIA DIZ RESPEITO AO PODER GERAL DE CAUTELA

A Lei 11.340/06 (Maria da Penha) traz em seu artigo 22 um rol de medidas protetivas de urgência que restringe o agressor à determinadas situações. Através de medidas cautelares alternativas à prisão, havendo a prática de violência ao gênero feminino, poderá ser aplicado pelo juiz uma ou mais medidas, podendo estas serem cumuladas com as previstas no artigo 319 do CPP (BRASIL, 2006).

No entanto, a recíproca não é verdadeira, dado que:

(...) Tratando-se de persecução penal fundada na Lei Maria da Penha, nada impede que o Juiz também faça uso das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, além das estipuladas nessa lei especial. Porém o inverso não é verdadeiro. As providências da Lei n. 11.340/2006 não podem ser impostas a casos fora de sua abrangência, por ser especial (...) (DELMANTO JÚNIOR, 2019, p. 209).

Apesar disso, Avena (2020) leciona a respeito dos sujeitos da proteção legal, presentes no artigo 22 da Lei 11.340/06 e no artigo 313, III, do CPP. No entender do autor, no tocante à prisão preventiva, não há equívocos quando a vítima é mulher e está no âmbito da violência

doméstica e familiar, pois se coadunam perfeitamente com o exposto no artigo 313, III, do CPP. No entanto, surge controvérsia quanto a aplicabilidade de prisão preventiva em proteção às vítimas elencadas no mesmo inciso.

Verifica-se a presença de duas correntes tentando dirimir a controvérsia. A primeira, utilizando-se de uma interpretação analógica, poder-se-á valer-se das medidas cautelares da Lei 11.340/06 para tutelar outras vítimas vulneráveis, como as crianças, adolescentes, idosos, doentes e deficientes (AVENA, 2020). Neste contexto, o autor discorre que:

(...) Ora, se é assim, vale dizer, se cabível a adoção das medidas assecuratórias outorgadas pela Lei Maria da Penha não apenas à mulher vítima de violência doméstica e familiar, mas também, por analogia, a qualquer situação envolvendo crime de gênero, tem-se como solucionado o impasse decorrente dos termos do art. 313, III do CPP, devendo-se considerar as medidas protetivas de urgência nele referidas aplicáveis à mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência como aquelas rotuladas na Lei 11.340/2006, muito especialmente as referidas no seu art. 22, importando o respectivo descumprimento ou potencialidade de descumprimento pelo agressor em motivo para decretação da prisão preventiva, desde que, por óbvio, concorram qualquer dos fundamentos autorizadores do art. 312 do CPP e que, logicamente, não sejam cabíveis as medidas alternativas do art. 319 (art. 282, § 6.º) (...) (AVENA, 2020, p. 1.075).

A segunda corrente, por sua vez, limita-se a aplicar a prisão preventiva do supracitado *códex* apenas à mulher no âmbito da lei Maria da Penha, salvo outras medidas que poderiam ser impostas pelo magistrado, utilizando do poder geral de cautela (AVENA, 2020).

Diante do exposto, Avena (2020) se compatibiliza com o entendimento de que o poder geral de cautela poderá ser usado de forma subsidiária pelo magistrado, quando houver o descumprimento das medidas protetivas de urgência em crimes envolvendo vítimas de violência doméstica e familiar abrangidas pelo inciso III, do artigo 313 do CPP.

Neste sentido, além da Lei 11.340/06, tem-se a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na qual havendo indícios de que a criança ou adolescente esteja sofrendo violência física, psicológica ou sexual, será abrangido por uma medida cautelar diversa da prisão, neste caso, o afastamento do lar. Desta forma, com grande qualidade menciona-se:

(...) Como exemplo de medida aplicável a partir de lei especial, atente-se ao art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), dispondo que, verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum. Aplicada esta medida em prol da criança ou do adolescente, para a garantia de sua execução poderá determinada pelo juiz a prisão preventiva fundamentada no art. 313, III, do CPP, sempre lembrando a necessidade de que estejam presentes os pressupostos autorizadores do art. 312 e que não seja possível a substituição da custódia por outra medida diversa da prisão. Concordamos com esta última posição (AVENA, 2020, p. 1.075).

Outrossim, a Lei 13.431/2017, que visa tutelar também a criança ou adolescente, vítima ou testemunha de violência, estabelece que:

Art. 6º A criança e o adolescente vítima ou testemunha de violência têm direito a pleitear, por meio de seu representante legal, medidas protetivas contra o autor da violência.

Parágrafo único. Os casos omissos nesta Lei serão interpretados à luz do disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e em normas conexas.

Ademais, tramita no senado o Projeto de Lei nº 468/16, do ex-senador Zezé Perrella, pretendendo alterar a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), para amparar o idoso quando vítima da violência, causada por seus familiares ou com quem tenha responsabilidade com este, a exemplo do curador ou representante de entidade de atendimento³.

6 O PODER GERAL DE CAUTELA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Reconhecendo a aplicabilidade de medida cautelar diversa da prisão não prevista em lei antes mesmo da Lei 12.403/11, e com fulcro no poder geral de cautela, é que no RHC n. 74.452 do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, processa-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E PECULATO. MEDIDA CAUTELAR DE RETENÇÃO DE PASSAPORTE. PACIENTE COM DUPLA NACIONALIDADE, QUE NÃO FORNECEU ENDEREÇO CERTO ÀS AUTORIDADES E POSSUI FACILIDADE EM ENTRAR E SAIR DO PAÍS. NECESSIDADE DE GARANTIR A INSTRUÇÃO CRIMINAL E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. RECURSO IMPROVIDO.

(...) 1. Desde antes da publicação da Lei nº 12.403/2011, já era reconhecida a possibilidade de retenção de passaportes, com amparo no poder geral de cautela previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, combinado com o art. 798 do antigo Código de Processo Civil. Entretanto, com a vigência da Lei nº 12.403/2011, tornou-

³ Das Medidas Urgentes de Proteção “Art. 45-A. Na hipótese de o idoso ser vítima de violência, nos termos do § 1º do art. 19, causada por familiar, curador ou representante de entidade de atendimento, as seguintes medidas urgentes de proteção poderão ser concedidas pelo Poder Judiciário, a requerimento do Ministério Público ou a pedido do idoso, em desfavor do ofensor: I – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com o idoso; II – proibição de determinadas condutas, dentre as quais: a) aproximação do idoso e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o ofensor; b) contato com o idoso e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica do idoso. III – restrição ou suspensão de visitas ao idoso; IV – substituição do curador; V – substituição da entidade de abrigo. § 1º Para a proteção patrimonial dos bens do idoso, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: a) restituição de bens indevidamente subtraídos pelo ofensor ao idoso; b) suspensão das procurações conferidas pelo idoso ao ofensor, devendo o juiz oficiar ao cartório competente, sem prejuízo do inciso IV do art. 74. § 2º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação daquelas previstas no art. 45 ou de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança do idoso ou as circunstâncias o exigirem. § 3º Para garantir a efetividade das medidas urgentes de proteção, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.”

se expressa a previsão da medida, na redação do art. 320 do Código de Processo Penal, segundo o qual a proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (...) Consta-se, assim, a existência de elementos que demonstram a necessidade das providências adotadas no sentido de garantia a instrução criminal e a eventual aplicação da lei penal (...) (RHC 74.452/AM, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 07/05/2018).

Nesta continuidade, há julgados a respeito da admissibilidade do poder geral de cautela.

No AgRg do HC n. 527.078 do ano de 2019, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, a Sexta Turma do STJ julgou parcialmente o Agravo Regimental no que diz respeito a aplicabilidade de medida cautelar diversa da prisão em que o agravante estaria respondendo pelo crime tipificado no artigo 217-A, do Código Penal e, diante disso, estava em liberdade provisória, mas como medida cautelar verificava-se a necessidade do agravante não ter contado com crianças e adolescentes.

Diante do exposto, a Sexta Turma seguindo o voto do relator, decidiram através de maioria que “(...) por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada poderá o magistrado impor ao perseguido medida cautelar inclusive atípica, evitando proporcional e adequadamente riscos ao processo ou à sociedade” (AgRg no HC 527.078/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019).

É importante registrar que, com atenção ao caso concreto em que o agravante, através de uma medida cautelar atípica, não poderia ter contato com crianças e adolescentes, o supracitado relator mitigou a medida para que se tornasse proporcional a situação do agravante. Diante disso, verifica-se que:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DE PRISÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VEDAÇÃO A MANTER CONTATO COM CRIANÇAS E ADOLESCENTES. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PROBATÓRIA NA VIA DO HABEAS CORPUS. CONTEMPORANEIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. NECESSIDADE DE ABRANDAMENTO DA MEDIDA PARA POSSIBILITAR O EXERCÍCIO DA DOCÊNCIA NO ENSINO MÉDIO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...) Considerando que essa medida pode comprometer a subsistência do paciente, e que sua atividade de professor pode ser desempenhada exclusivamente no ensino médio, vê-se como desproporcional a cautelar fixada. Deste modo, **para evitar o risco à reiteração delitiva, especialmente em face de crianças, mas de outro lado buscando manter a possibilidade do exercício de sua profissão**, entendo como razoável apenas limitar sua docência ao ensino médio, onde menor é o risco de abuso pela idade mais elevada dos adolescentes que o frequentam. Não poderá o paciente, porém, ministrar aulas no ensino fundamental (AgRg no HC 527.078/RS,

Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019) (grifos acrescidos).

É nítido a crescente quantidade de crime praticados através dos meios virtuais. Posto isso, a Lei 12.965/2014, comumente conhecida como lei do Marco Civil da Internet, em seu art. 3º, VI, elenca como um de seus princípios a “responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei” (BRASIL, 2014).

Em vista disso, em decisão monocrática do HC n. 606.323, onde réu mesmo após intimação em relação as medidas cautelares que deveria cumprir, este continuou a realizar as ofensas a diversas pessoas em redes sociais, dando azo ou cumprimento do §4º do art. 282 do CPP. Com isso, diante da utilização de medidas cautelares alternativas à prisão previstas em lei, mas que se restaram insuficiente, em 01 de fevereiro de 2021, o Ministro Relator Nefi Cordeiro, fazendo uso do poder geral de cautela, decidiu pelo bloqueio das redes sociais do réu.

EMENTA: HABEAS CORPUS – INJÚRIA, DIFAMAÇÃO E DENUNCIÇÃO CALUNIOSA – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA E SUBSTITUÍDA POR PRISÃO DOMICILIAR – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DOS ART. 312 E SEQUINTE DO CPP – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS ANTERIORMENTE INTERPOSTAS – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – DENEGADO O HABEAS CORPUS.

(...) Uma vez que já aplicadas diversas medidas cautelares ao acusado, as quais não foram suficientes para fazer cessar as condutas deste, e, dentre as outras previstas no art. 319 do CPP, nenhuma se mostra adequada, em virtude do meio empregado pelo acusado, lives via rede social, a alternativa restante é a imposição da prisão preventiva (...) De se ver, portanto, que todos os elementos assinalados apontam, sim, para a necessidade da pronta intervenção da justiça no status libertatis do requerido, via das regras do processo penal cautelar. Uma vez deliberado pela prisão preventiva do acusado, importante registrar a pandemia viral que assola o mundo neste momento, causada pela Covid-19, de modo que há diversas recomendações pela substituição das prisões carcerárias por domiciliares, mormente para aqueles enquadrados em doenças de risco. Conforme bem apontado pelo Ministério Público, o acusado relatou ser portador de diabetes, que se enquadra como doença de risco, o que impõe a substituição da prisão carcerário pela prisão domiciliar. Ante o exposto, decreto a prisão preventiva do acusado, entretanto, substituo-a pela prisão domiciliar, devendo o acusado permanecer integralmente em sua residência, podendo ausentar-se apenas em situação de urgência devidamente comprovada ou para comparecer em audiências, sob pena de expedição de mandado de prisão, com a consequente imposição de regime carcerário. **Por fim, com base no poder geral de cautela no processo penal, possibilitando a imposição de medidas cautelares atípicas, entendo que deve ser deferido o pedido do Ministério Público para bloqueio das redes sociais do acusado** (...) (grifos acrescidos).

Destarte, verifica-se a princípio que o caso concreto deve ser indubitavelmente levando em consideração, porque sempre que for aplicar uma restrição de direitos

fundamentais, impossível afastar os pressupostos básicos, principalmente quando relacionado a medidas atípicas.

7 O PODER GERAL DE CAUTELA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No âmbito do STF constata-se julgados com respaldo no poder geral de cautela em relação ao artigo 366 do CPP, no que diz respeito a produção antecipada da prova testemunhal. No HC n. 109.728, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, por meio do poder geral de cautela, o magistrado diante do caso concreto, presente a necessidade e de forma fundamentada, poderá antecipar oitiva de testemunhas presentes nos autos quando o réu se encontrar foragido.

Com isso, decidiu a suprema corte que:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. NECESSIDADE. RÉU FORAGIDO. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. I – Toda produção antecipada de provas realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita a sua necessidade concreta, devidamente fundamentada. II – Paciente que se encontrava foragido do distrito da culpa, ensejando a antecipação da oitiva das testemunhas até então arroladas nos autos. Precedentes. **III – Cabe ao juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (art. 366 do CPP).** IV – No caso sob exame, as provas antecipadamente produzidas nos autos da ação penal não causaram prejuízo à defesa do paciente, tendo em vista que o magistrado de primeiro grau nomeou defensor dativo para acompanhar a colheita cautelar da prova testemunhal, que poderá ser renovada no plenário do júri. V – Habeas corpus denegado (HC 109728, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 04-06-2012 PUBLIC 05-06-2012) (grifos acrescidos).

Igualmente, no HC n. 165.581, com referência ao supradito julgado, o STF ratifica a aplicabilidade do poder geral de cautela.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO, FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSURGÊNCIA QUANTO À DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. PACIENTE FORAGIDO. LAPSO TEMPORAL DE MAIS DE 3 ANOS DESDE A DATA DO FATO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Conforme já decidiu esta CORTE, cabe “ao juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, (...) especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (...)” 2. As instâncias antecedentes justificaram a urgência para a realização da medida pelo justo receio do perecimento da prova – seja pela possibilidade de que as testemunhas

se esqueçam dos fatos ou não possam ser localizadas, seja pela fundada imprevisibilidade do momento em que o feito retomaria seu curso, em razão de o recorrente estar foragido desde a ocorrência do fato, ocorrido três anos antes da decisão [então] impugnada, ou, ainda, por se tratar de medida de economia processual, em razão da existência de testemunhas em comum com outro réu (...) (HC 165581 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 08-03-2019 PUBLIC 11-03-2019).

Em objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4362, reiterando o poder geral de cautela, o STF posicionou-se no sentido em que:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. GOVERNADOR DE ESTADO. LICENÇA-PRÉVIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA PARA INSTAURAÇÃO DE PROCESSOS POR CRIMES COMUNS.

(...) 3. Também aos Governadores são aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, entre elas “a suspensão do exercício de função pública”, e outras que se mostrarem necessárias e cujo fundamento decorre do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro aos juízes (...) (ADI 4362, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018).

Não obstante posicionamentos favoráveis ao poder geral de cautela no processo penal, há também no Supremo dissenso no assunto.

Destarte, no HC n. 186.421, de relatoria do Ministro Celso de Melo, em relação as alterações realizadas pela Lei 13.964/19 (pacote anticrime), retificando e ratificado no âmbito do processo penal se tratar de sistema acusatório, no que tange a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva realizada pelo magistrado na audiência de custódia, conforme o relator, não há que se falar em poder geral de cautela:

(...) Desse modo, revela-se essencial, tratando-se de delito perseguível mediante ação penal pública incondicionada, que o formal e prévio requerimento do Ministério Público ou a representação da autoridade policial apresentem fundamentação substancial apta a demonstrar, de maneira inequívoca e incontestável, a materialidade dos fatos delituosos, a existência de meros indícios de autoria e as razões de necessidade justificadoras da prisão preventiva (HC 90.063/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.), sendo inconcebível, por isso mesmo, que um ato de natureza meramente descritiva, como o é o auto de prisão em flagrante, que se limita a relatar o contexto fático-jurídico da prisão, permita que dele infira-se, por implicitude, a existência de representação tácita da autoridade policial, objetivando, no âmbito da audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva. Nem se invoque, ainda, o argumento de que a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva justificar-se-ia em face do poder geral de cautela do magistrado penal (...) (MELLO, 2020, p. 21).

No mesmo sentido, analisando a privação da liberdade na condução coercitiva de investigados ou réus para prestar interrogatório, é que a ADPF 444, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgou que a expressão “para interrogatório” presente no art. 260 do CPP não

foi recepcionado pela CF. Não podendo ocorrer a condução coercitiva como medida cautelar diversa da prisão com respaldo no poder geral de cautela do juiz.

Assim, cumpre destacar parte do voto do Ministro Alexandre de Moraes, afirmando que:

(...) Na presente hipótese, não restam dúvidas de que a condução coercitiva representa expressiva privação da liberdade de ir e vir, mesmo que seja por algumas horas. Não se permite, portanto, em sede de direito de ir e vir, o denominado poder geral de cautela do juiz, que ignore o artigo 260 do CPP, pois em matéria de privação de liberdade de locomoção deve existir expressa previsão legal (...) (MORAES, 2018, p. 08).

Logo, ainda que presente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o tema em análise é demasiadamente controverso, pois é possível vislumbrar posicionamentos a favor e contra, principalmente na suprema corte.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, após apresentar fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais a respeito da aplicabilidade do poder geral de cautela no processo penal, cumpre-se fazer uma reflexão a mais sobre a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão, lógico, desde que já previstas em leis, pois o que se presente é dar maior segurança jurídica as decisões pré-processuais e processuais aos diversos casos concretos no meio social.

Entretanto, dentro dos desafios para aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão a casos análogos ao previsto pelo legislador, é de suma importância se re-pensar o rol das medidas cautelares diversas da prisão, presentes nos artigos 319 e 320 Código de Processo Penal, para que deixe de ser um rol taxativo como leciona parte da doutrina, pois, pode-se verificar nas legislações especiais medidas que, diante da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito, chega-se a real eficácia pretendida pelo legislador.

Conforme posicionamento defendido por Pacelli (2019), Lima (2020) e Castro (2017), a relativização do princípio da legalidade ou taxatividade mitigada parece ser a mais adequada dos posicionamentos, evitando-se os extremos, pois se trata da aplicabilidade de medidas cautelares prevista em lei, não facultando ao juiz a criação qualquer tipo de medida.

Por se tratar de uma temática necessária no âmbito do contexto da privação da liberdade, concatenar as leis aos diversos casos concretos, visando dar maior eficácia ao processo ou procedimento por meio de restrição de direitos em que, quando presente a

probabilidade do direito e o perigo de dano ou resultado útil do processo, faça com que o cárcere atue como subsidiário na tutela de direitos é louvável.

Nesta conjuntura, diante da alta complexidade do assunto quanto aos diversos posicionamentos encontrados, é nítido que a simples subsunção do fato a norma manifesta-se completamente contrário aos direitos fundamentais, pois antes procurava-se a tutela comum do ser humano, mas hoje, diante da singularidade de cada um a determinadas situações que são submetidos, merecem uma atenção maior por respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (MENDES; BRANCO, 2020).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, M.; MANERO, J. R. Sobre princípios e regras. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 01, p. 04-24, 13 out. 2017. Doi: <doi.org/10.29293/rdfg.v4i01.144>.

Disponível

em: <revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144>.

Acesso em: 18 nov. 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689/41, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

Acesso em: 31 mai. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 mai. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso: 06 out. 2020.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (...) e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso: 06 out. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 8045/2010**. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso: 05 out. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 468, de 2016**. Acrescenta ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) medidas urgentes de proteção para os casos de violência doméstica contra o idoso. Disponível em: <www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127814>. Acesso: 29 set. 2020.

_____. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13431.htm>. Acesso: 29 set. 2020.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso: 22 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 109.728**. Relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 15 de maio de 2012. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210170/false> Acesso em: 17 de not. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.362**. Relatoria do Ministro Dias Toffoli, relator(a) p/ acórdão: Roberto Barroso. Brasília, 09 de agosto de 2017. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379766/false> Acesso em: 17 de not. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 165.581**. Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399479/false> Acesso em: 17 de nov. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 186.421**. Relatoria do Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de outubro de 2020. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436387/false> Acesso em: 22 de mar. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444**. Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de junho de 2018. Disponível em: <jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404263/false> Acesso em: 25 de abr. de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 74.452**. Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 24 de abril de 2018. Disponível em: <processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82231815&num_registro=201602079140&data=20180507&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 16 de nov. de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 527.078**. Relatoria do Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 26 de novembro de 2019. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201902404929&dt_publicacao=26/09/2019> Acesso em: 05 de jun. de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 606.323**. Relatoria do Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 01 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 22 de mar. de 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21º ed. Atlas. 2014.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Disponível em: <www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/60>. Acesso: 27 abr. 2020.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 8º ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, p. 24-50, abril de 2002.

TÁVORA; Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.